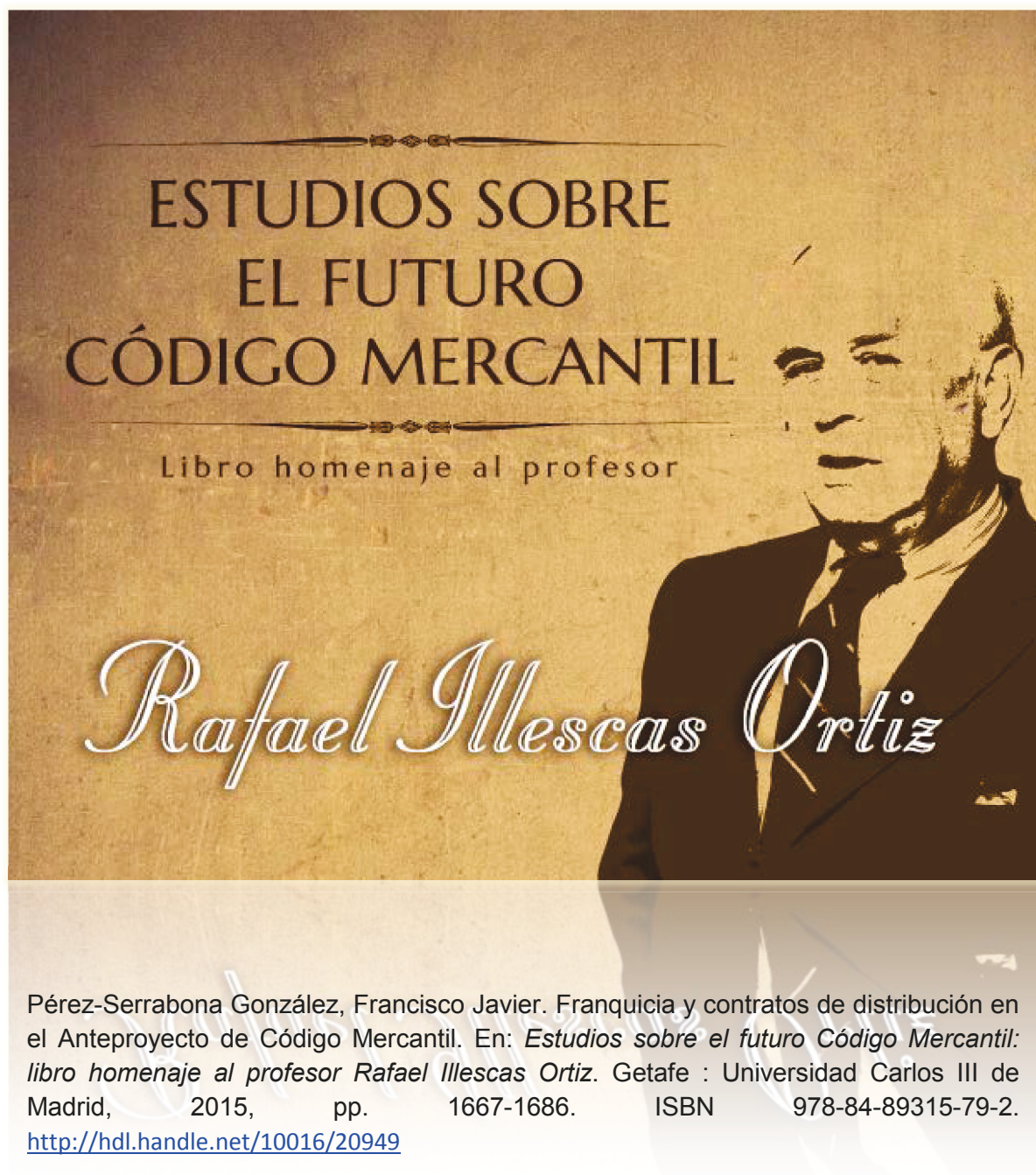




Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Pérez-Serrabona González, Francisco Javier. Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1667-1686. ISBN 978-84-89315-79-2.  
<http://hdl.handle.net/10016/20949>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# FRANQUICIA Y CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

FRANCISCO JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ\*

## Resumen

La Propuesta de Código mercantil (2013) fue sustituida por el Anteproyecto de Código mercantil (en mayo de 2014) para iniciar su tramitación parlamentaria. Sin ninguna justificación ni explicación, el capítulo referido a los contratos de distribución de la Propuesta ha sido suprimido por completo del texto. Deja de estar prevista de este modo, la regulación jurídica de estos contratos y, en concreto, del contrato de franquicia. Reclamamos esta regulación, como inaplazable, en los términos que la habían recogido los textos pre legislativos (Proyecto de Ley y Propuesta) y teniendo en cuenta la experiencia de otras normas en el entorno comunitario, en los nuevos derechos de otros ordenamientos más modernos y siguiendo las recomendaciones de Unidroit. La autonomía de las partes, fuente de las obligaciones, no puede ser el único marco del contrato de franquicia. Tampoco lo son las reglas generales sobre las obligaciones y contratos y las tuitivas de los derechos de los consumidores. Este contrato entre empresas, con sus normas propias por ello, reclama un texto legal mínimo para el que ofrecemos algunas propuestas.

## Contenido

1. La propuesta de nuevo Código mercantil. – 1.1. Nueva regulación de materias. – 2. Contenido del contrato de franquicia. – 2.1 Obligaciones del franquiciador y franquiciado. – 2.2. Los pactos de exclusiva. – 2.3. Finalización del contrato. – 2.4. La indemnización por clientela. – 3. El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. – 3.1. Artículo 30: “Regulación de la franquicia”. – 4. El Anteproyecto de Código mercantil.

## 1. LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Por Orden de 7 de diciembre de 2006, del Ministerio de Justicia, se encargó a la Comisión General de Codificación (en concreto, a su Sección Segunda, de Derecho mercantil), la elaboración de un texto que constituyese un nuevo *Código mercantil*, que sustituiría al vigente Código de comercio. Con fecha 17 de junio de 2013, cumplido el encargo para el que se necesitó más tiempo del previsto, se entregó al Ministro la

---

\* Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España). Máster Oficial en Derecho de los Negocios (Universidad de Granada) y Máster en Asesoría Jurídica de Empresas (Ilustre Colegio de Abogados de Granada).

*Propuesta de Código mercantil*<sup>1</sup> cuyos principales objetivos son: evitar la dispersión normativa; modernizar la regulación de las materias contenidas en el Código de comercio (que, según se señala en la Exposición de motivos, “no ha perdido vigencia pero sí vigor”; y garantizar la unidad de mercado, lo que, en definitiva, hará aumentar la seguridad jurídica de los operadores del mercado).

### 1.1. Nueva regulación de materias

Sin entrar ahora en una consideración general de la *Propuesta* presentada, limitaremos nuestro comentario a señalar que en la misma se incluyen materias que carecían de normativa aplicable. Entre ellas, ocurría con determinados tipos de contratos y, en concreto, con el de franquicia<sup>2</sup>. El Libro Cuarto y el Libro Quinto de la *Propuesta*, se dedican a las “obligaciones y lo contratos mercantiles en general”<sup>3</sup>, redactado a partir del *Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio* en la parte general sobre contratos mercantiles<sup>4</sup> y a “los contratos mercantiles en particular”<sup>5</sup>, respectivamente. En este último Libro del *Anteproyecto* se incluyen los contratos de intercambio de bienes (compraventa mercantil en general y compraventas especiales, suministro y permuta mercantil), contratos de obra por empresa, contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales (comunicaciones electrónicas, contratos publicitarios, servicios turísticos, etc.), contratos de colaboración, contrato de depósito, contrato de transporte, contratos financieros mercantiles (depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, arrendamiento financiero, cesiones financieras de créditos, contratos de garantía y contratos

---

<sup>1</sup> La Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación es presidida por el Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Su composición y régimen de trabajo seguido durante los siete años de elaboración del texto (plazo durante el cual hubo ciento veinte reuniones del Pleno), puede consultarse en *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, pp. 695-698. El sistema de trabajo, Cfr. idem, pp. 689 y ss., se llevó a cabo por ponencias y grupos de trabajo, que prepararon la Propuesta de textos sobre cada materia, que se transmitían a una ponencia de coordinación. El texto resultante tras las observaciones de ésta, que se rechazaban o admitían, se presentaba al Pleno de la Sección que discutía después las enmiendas presentadas.

<sup>2</sup> I-25. “Pero la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la competencia desleal y la defensa de la libre competencia, la inclusión de varios artículos sobre la propiedad industrial y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de distribución, suministro, franquicia, mediación, contrato de obra por empresa, prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, contratos turísticos, prestación de servicios electrónicos, contratos bancarios y de financiación y operaciones en el mercado de valores.”

<sup>3</sup> En él se contienen disposiciones generales sobre el contrato: deberes en la fase precontractual, perfección, modificación. Interpretación, contenido, extinción, cumplimiento y morosidad; sobre formas especiales de contratación; condiciones generales de la contratación, cláusulas de confidencialidad y exclusiva; y cesión de créditos mercantiles.

<sup>4</sup> Boletín del Ministerio de Justicia N° 2006. Este Anteproyecto fue redactado, en su momento, por una Ponencia presidida por D. Fernando Sánchez Calero, de la que formaba parte D<sup>a</sup> Mercedes Vergez, D. Alberto Bercovitz y D. Manuel de Prada. La adaptación del texto proyectado para su inclusión como Libro Cuarto del nuevo Código, fue llevada a cabo por D<sup>a</sup> Mercedes Vergez y D. Ángel Rojo.

<sup>5</sup> Fruto del trabajo de diferentes grupos que se encargaron de distintos tipos contractuales.

financieros instrumentales), operaciones en el mercado de valores y contratos de seguro y de mediación de seguros. Efectivamente, en este Libro, se recogen y disciplinan contratos que ya tenían regulación en el Código de comercio de 1885 (el Código vigente) junto a otros que la tenían en leyes especiales (fuera, por tanto, del Código) y contratos carentes de regulación jurídica.

El Título IV de este Libro Quinto –“De los contratos de colaboración”- se divide a su vez en siete Capítulos que se refieren al contrato de comisión (el I), al de agencia (el II), a los contratos de distribución (el III), al contrato estimatorio (el IV) al contrato de mediación (el V), al contrato de admisión a subasta pública (el VI) y al contrato de participación (el VII). Nos interesa el Título IV citado (“De los contratos de colaboración”)<sup>6</sup>, del que dice textualmente la Exposición de Motivos: “VI-18. El título cuarto se refiere a los contratos de colaboración, aplicando así una denominación que está ampliamente recogida en la doctrina y la práctica, para incluir diversos tipos contractuales, algunos de los cuales ya estaban regulados en nuestra legislación, como es el caso de la comisión y la agencia, y otros difundidos en la práctica se regulan superando así la atipicidad legal en que se encontraban, tal es el caso de los contratos estimatorio, de mediación mercantil y de admisión a subasta pública”. Nada se precisa en este comentario del propio legislador sobre los contratos de “distribución comercial” (ni sobre el *nuevo* de participación), limitándose a recordar que el título se preocupa de contratos que ya estaban regulados con anterioridad (comisión y agencia) y de otros como el estimatorio, de mediación mercantil y de admisión a subasta pública que carecían de ella. A pesar de la importancia práctica en el mercado de los llamados contratos de distribución, en el que puede incluirse (tal y como hacía la *Propuesta*) al contrato de franquicia, no merecieron, sorprendentemente, la necesaria referencia extensa en ese punto de la Exposición de Motivos, cuando considerábamos que se trataba de una de las principales novedades en este ámbito, aunque según la misma, la inclusión del tratamiento de estos contratos en la *Propuesta* obedece a la necesidad de que este tipo de técnicas de comercialización de “distribución integrada” tenga un marco normativo de referencia, incluyendo bajo dicha terminología los contratos de venta en exclusiva, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia, con necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual, esto es, al distribuidor al que también se llama comercializador, para lo cual se señala que el régimen consagrado reviste carácter imperativo, teniendo presente esta exigencia sobre todo cuando se trata de pequeñas y medianas empresas<sup>7</sup>.

Tras la definición, común para todos los contratos de distribución, del artículo 543.1 de la *Propuesta* -“Por los contratos de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera

---

<sup>6</sup> Obra del Grupo XI de trabajo de la Sección CGC, presidido por D. Evelio Verdera y Tuells y formado también por D. Fernando Rodríguez Artigas y D. Ricardo Alonso Soto.

<sup>7</sup> Vid. números VI 83, 84 y 85 de la Exposición de Motivos.



duradera y estable”<sup>8</sup>. El siguiente precepto proyectado cita las principales modalidades que pueden adoptar los contratos de distribución comercial, entre las que se encuentra (junto a la contrato de compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva y concesión mercantil) el de franquicia, por el cual “el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas” (art. 543-2.f). Considerándose excluidos de la aplicación de las reglas de este capítulo los contratos de la ahora llamada “franquicia industrial”, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador”.

Casi paralelamente *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*<sup>9</sup> regulaba de una manera similar esta materia, por lo que su contenido, en gran medida, no sólo habrá sido tenido en cuenta, sino incorporado, en gran parte, al nuevo texto que extendía su ámbito de aplicación a los contratos de distribución, que ya no serían objeto de una regulación especial<sup>10</sup>. La franquicia y el resto de contratos de distribución, se incluyen en la *Propuesta*, pues. Debe señalarse que a nivel comunitario no se ha exigido expresamente la regulación de los contratos de distribución. Sí se obliga a los Estados, sin embargo, a la transposición de la Directiva 86/653/CEE sobre agentes comerciales, por lo que la normativa interna sobre el contrato de agencia, se ha aplicado analógicamente a los de distribución, en los diferentes ordenamientos que tutelan, en mayor o menor medida y según los casos, al distribuidor (en el *Proyecto* se establecían mecanismos de tutela de ambas partes, con criterios de equidad, “amparando a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela”, posición que ocupa, regularmente, el distribuidor).

Atendiendo a las prescripciones que, con carácter general para todos los contratos de distribución y, con carácter especial, para la franquicia, contiene la *Propuesta* de Código, podemos considerar el contrato de franquicia como una especie de aquél, aunque bien pudiera haberse configurado como un contrato diferenciado pues, junto a la concesión, entendemos tiene una importancia práctica y económica mucho mayor que la del resto de modalidades, entre las que se le ha incluido. Será la franquicia entonces, un contrato de colaboración, de carácter bilateral (y sinalagmático, generando obligaciones para ambos contratantes, franquiciador y franquiciado), consensual

---

<sup>8</sup> Para una completa consideración de la *Propuesta* y la consideración y regulación que se hace en ella de los contratos de distribución, *Vid.* PLANA PALUZIÉ, A., “El contrato de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, Thomson Reuter Aranzadi, BIB 2013/2391 y, muy especialmente, ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, *RDC*, La Ley, 2014.

<sup>9</sup> BOCG de 29 de junio de 2011 (LEG 2011,4857), Proyecto de Ley N° 121/000138.

<sup>10</sup> Como ocurre, por ejemplo, en Bélgica, *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961, regulación ciertamente parcial o en Puerto Rico, *Ley 75 de 24 de junio de 1964, Ley de Contratos de Distribución*, en los que las partes contratantes son el distribuidor y el principal o concedente.

(aunque las partes pueden exigir la forma escrita), oneroso, intuitu personae y de tracto sucesivo. De haber llegado a ser texto vigente la *Propuesta*, la franquicia sería un contrato típico, regulado por el ordenamiento jurídico. Naturalmente, se trata de un contrato mercantil en el que a veces –muy frecuentemente– se pacta mediante la existencia de condiciones generales, por lo que le serán de aplicación las reglas generales previstas para los contratos de adhesión<sup>11</sup>.

En lo que se refiere al contrato, hay unos deberes precontractuales para ambas partes y un contenido –mínimo– de derechos y obligaciones para proveedor (franquiciador) y para distribuidor (franquiciado)<sup>12</sup>, que coinciden, en gran medida, como hemos dicho, con los del Proyecto de 2011. En este sentido y con carácter previo a la celebración del contrato, las partes deben entregarse –y se destaca que por escrito, con lo que todos los tratos preliminares, informaciones verbales, etc., deberán “formalizarse” en un documento– toda la información que se considere necesaria para poder obligarse con conocimiento de causa. Esta información se referirá, a título meramente indicativo pues puede ser de mayor contenido, a la identificación, con detalle de sus condiciones, de los contratantes; a la actividad que se va a llevar a cabo y sus características, titularidad de los signos distintivos y estructura y extensión de la red de distribución; y al contenido del contrato, derechos y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones y otros elementos del contrato. Si una parte entrega una cantidad de dinero, aún antes de la firma del contrato, para integrarse en la red o para obtener la reserva de una zona, deben precisarse las prestaciones que se han garantizado como contrapartida por la entrega de esa cantidad, así como las obligaciones asumidas por cada parte, si no llega a celebrarse el contrato. Esta información, que no tendrá que incluir, en principio, la relación de clientes ni las condiciones que se les apliquen, debe ser veraz y no engañosa y sobre ella debe mantenerse absoluta discrecionalidad. No se trata de una característica específica para este tipo de contratos, porque en las Disposiciones generales dictadas para los contratos<sup>13</sup> se incluye la regla general, ahora repetida.

Rompiéndose la regla general de libertad de forma para los contratos mercantiles o, al menos, matizándose la misma, libertad que se consagra en el artículo 51 del Código de comercio vigente y en el artículo 413.1 de la *Propuesta*<sup>14</sup>, el 543.5 se refiere a la formalización por escrito de los contratos de distribución, advirtiendo que cualquiera de los contratantes “podrá exigir en el momento de celebración del contrato o con

---

<sup>11</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>12</sup> Concebido el contenido contractual en la regulación que comentamos para distribuidor y proveedor, lo haremos propio de los contratantes de un contrato de franquicia, esto es franquiciador y franquiciado, y a pesar de que la mencionada norma proyectada se refiera a los primeros, nosotros lo haremos aludiendo expresamente a los segundos, concretándola para ellos y particularizando la misma de modo que su aplicación práctica y singular nos permitirá disponer de un contenido y un haz de derechos y obligaciones de la franquicia merced a una norma prevista no sólo para este contrato (objeto específico de nuestro estudio), sino para todos los de distribución.

<sup>13</sup> En los Art. 411.1 a 417.5, se consagra el deber de confidencialidad en esta fase preparatoria del contrato, haciéndose responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen a la otra parte, a la que infrinja este deber. (Cfr. Art. 412.1).

<sup>14</sup> “Salvo disposición contraria de la ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento”.

posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito”, debiendo estar firmado en ese caso, por los contratantes a los que habrá de entregarse un ejemplar, exigencia que ya se encuentra recogida, en esta ocasión con carácter general para todos los contratos, en el 413.9 de la Propuesta<sup>15</sup>. Creemos conveniente, a pesar de cualquier posible consideración, que el contrato de franquicia se pacte por escrito.

## 2. CONTENIDO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En cuanto al contenido del contrato, hay dos obligaciones que recaen en franquiciador y franquiciado: la de observar en sus relaciones la máxima lealtad y buena fe, de un lado; la de colaborar para lograr la más alta difusión en el mercado de los bienes o servicios, de otra. En lo que se refiere a la primera, no viene sino a destacar el carácter de este contrato, basado en la mutua confianza, aunque el Código civil ya recoja el principio de buena fe en las relaciones contractuales<sup>16</sup>. Por lo que se refiere a la segunda obligación, es de capital importancia pues condensa el fin último del contrato: la colaboración entre empresarios para la ampliación de la actividad comercial y del mercado. Habrá que concretar en el contrato, cómo se puede llevar a efecto esta obligación, que exigirá posiblemente el establecimiento de unas ventas mínimas por parte del franquiciado y, como requisito previo para hacer ello posible, un suministro mínimo por parte del franquiciador<sup>17</sup>. Consideramos que en el contrato deberá fijarse, igualmente, la determinación de los objetivos comerciales del distribuidor –que se fijará de mutuo acuerdo- y el contingente de mercancías que, para ello, deberá obrar en su poder.

Corresponderá su fijación, a falta de pacto, a la decisión de árbitros o peritos que tendrán como referente para ello, la valoración de las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones de ventas y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional: factores objetivos, de un lado; subjetivos, de otro y estimativos.

---

<sup>15</sup> El precepto citado hace recaer sobre el contratante que no acceda a la formalización del contrato por escrito (si lo exige o lo prevé la ley) la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en la regulación legal del contrato. Si el contrato se hubiese formalizado por escrito se estará a su contenido.

<sup>16</sup> También lo hace el Código de comercio en el art. 57, pero tal fórmula no se encuentra recogida en el texto de la *Propuesta*, lo que ciertamente sorprende.

<sup>17</sup> *Vid.* STS 2 de marzo 2001 (RJ 2001, 2616), en la que se señala que estas cláusulas constituyen una obligación principal, no accesoria, siempre y cuando no sean desproporcionadas, en cuyo caso dejarán de considerarse como válidas.

## 2.1. Obligaciones del franquiciador y franquiciado

Serán obligaciones del franquiciador, suministrar al franquiciado la necesaria información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios que sean objeto del contrato. Concebida esta obligación con un carácter general para todos los contratos de distribución, como hemos dicho, se concreta específicamente para la franquicia, con la que impone el artículo 543-17 al franquiciador: “comunicar al franquiciado los conocimientos secretos necesarios para poder desarrollar el negocio y a prestarle asistencia técnica y comercial requerida”. La segunda obligación del franquiciador será la de tener a disposición del franquiciado el mínimo de unidades del producto o elementos de la prestación, para el normal abastecimiento del mercado (no podrá exigirse más de lo habitual para cada época o período), impidiéndose al franquiciado que solicite un suministro superior a éste, de no mediar previo aviso en un plazo razonable.

El franquiciado, por su parte, está sometido a otras obligaciones (en este caso contempladas igualmente con carácter general por la *Propuesta* para los distribuidores), como son la de disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada “para promover la máxima difusión de los bienes o servicios”, que es el fin de la operación. Por ello, como segunda obligación, debe comercializar los bienes o servicios respetando el prestigio del franquiciador, su marca y su presentación y debe ajustarse al sistema de distribución que sea establecido por él.

Finalmente el franquiciado debe llevar unos registros contables auxiliares, a añadir a los documentos contables que le sean exigidos de modo general por la legislación mercantil y contable, relativos a la actividad que constituya el objeto de la franquicia, de modo que el franquiciador pueda examinarlos, conocer su contenido y practicar las pertinentes liquidaciones. Específicamente, al franquiciado corresponde pagar la cuota y el canon de acceso estipulado, al tratarse de un contrato oneroso, en la forma pactada. Tiene la obligación negativa de abstenerse de divulgar los conocimientos secretos que le hayan sido transmitidos, lo que supondría no respetar el principio de buena fe y perjudicar las reglas de la competencia, tratándose sin duda de una conducta o práctica desleal. También deberá informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual que se produzcan en el territorio, ámbito del contrato<sup>18</sup>. Deberá, finalmente, obtener la aprobación del franquiciador, si pretende llevar a cabo una actividad publicitaria (tanto si se ha previsto en el contrato, como si lo es a iniciativa propia) sobre los bienes o servicios objeto del contrato. Para mantener la imagen comercial del producto o servicio —que debe salvaguardarse en todos los contratos y de similar modo— el franquiciador tendrá que dar su aprobación a la campaña, en lo que se refiere al diseño y al contenido del carácter publicitario. De esta forma no sólo se garantizará que la campaña publicitaria sea adecuada y no perjudique

---

<sup>18</sup> Artículo 543.17.2. *Franquicia*.



al proveedor, sino que se logrará una cierta homogeneidad, en todo caso beneficiosa, en las diferentes campañas de los diferentes franquiciados.

Como obligación negativa, el franquiciado ha de abstenerse de aplicar precios o llevar a cabo cualquier actuación que menoscabe la imagen de la marca o del prestigio comercial del franquiciador que, de producirse, tendrá derecho a resolver el contrato. No podrá tampoco ceder el contrato, ni siquiera parcialmente, ni designar subcontratistas (se trataría de un ejemplo de subfranquicia) sin el consentimiento del franquiciador, aunque sí agentes u otros colaboradores sin vínculo con el franquiciador, excepción hecha de que así se haya establecido en el contrato.

## **2.2. Los pactos de exclusiva**

En lo que atañe a los pactos de exclusiva se limitarán éstos a los bienes o servicios y al espacio geográfico. En este caso es imprescindible delimitar el área o la zona asignada al franquiciado, dentro de la cual llevará cabo su actividad empresarial, tutelado y protegido por ese pacto de exclusiva. Se ha previsto en la norma (543-9) que no se haya llevado a cabo esa limitación, entendiéndose entonces, de manera muy amplia e inconcreta –y creemos que con inadecuada expresión- que abarcará la “mayor de las zonas posibles”. Se trata de una interpretación, ante la falta de concreción, extensiva, impropia a nuestro juicio del Derecho de la Competencia que no queda protegido de forma adecuada en esta concreta ocasión y en el que cualquier restricción debe ser interpretada, a su vez, restrictivamente; más aún tratándose de una excepción al principio de libertad de empresa del artículo 39 de la Constitución española<sup>19</sup>. Al contrario, las excepciones a la exclusiva (que, lógicamente también deben ser objeto de especificación) se interpretarán restrictivamente cuando no se hayan realizado claramente, esto es, cuando admitan diversidad de significados. También aquí debemos reflexionar sobre la solución dada al hecho de que el contrato carezca de pacto sobre su duración, con lo que se considerará indefinido (al igual que si es de duración determinada y se continúa ejecutando por las partes, se entenderá transformado en indefinido) y el propio Derecho de la competencia. Señala muy acertadamente PLANA PALUZIE<sup>20</sup> que éste es el caso del plazo máximo de limitación de competencia en supuestos de exención de acuerdos verticales en cinco años y, por lo tanto, también de los pactos indefinidos, cuya regulación se halla en el artículo 5.1 del Reglamento (UE) 330/2010 que desarrolla el artículo 103.3 TFUE, por lo que la exclusividad no puede extenderse automáticamente, independientemente de lo que ocurra con el contrato.

## **2.3. Finalización del contrato**

El contrato de franquicia (como cualquier contrato de distribución comercial) concluirá cuando se cumpla el plazo por el que se pactó. El transcurso del tiempo opera como

---

<sup>19</sup>Vid. la *Nota Monográfica sobre el proyecto de Ley aplicable a los contratos de distribución*, CUATRECASAS, GONÇALVES Y PEREIRA, junio 2011.

<sup>20</sup>PLANA PALUZIE, *El contrato de distribución en la Propuesta ... op. cit.*, 2014, p. 6.

causa de extinción, si el contrato se pactó por tiempo determinado. No obstante, será frecuente y es propio de la naturaleza de este contrato (contrato de duración, de colaboración comercial) que el contrato se pacte por tiempo indefinido. Incluso el legislador prevé que, tratándose de un contrato por tiempo determinado, pueda continuar la actividad, la relación contractual, más allá del término del mismo, porque tácitamente las partes decidan que no se extingue, para lo que bastará con que el contrato continúe siendo ejecutado por ambas partes, transcurrido el plazo previsto. En ese caso, se transformarán (es la expresión concreta del texto legal) en contratos de duración indefinida, esto es, sin fijación del término.

En el supuesto usual, contrato de franquicia pactado por tiempo indefinido, será necesaria la denuncia unilateral para que se extinga el contrato, mediante un preaviso, que deberá ser realizado por escrito y para el que se establece el plazo general de un mes por cada año de vigencia de contrato, hasta un máximo de seis meses. Es posible que este plazo se amplíe (no que se restrinja) por acuerdo de las partes e incluso que sean diferentes para uno u otro contratante, actuando como doble límite de esa libertad de pacto, de un lado que solo podrá ampliarse el plazo legal (de un mes por año e incluso de seis meses como máximo) y de otro, que el plazo de preaviso otorgado al franquiciado no puede ser inferior que el que se conceda al franquiciador o distribuidor. Si se trata de contratos de duración indefinida no pactada, sino por *transformación* (como se ha dicho, por el hecho de que, concluido el plazo, las partes continúan ejecutando sus respectivas prestaciones sin oposición ni denuncia de la otra) para la determinación del plazo de preaviso, se computará la duración del contrato por tiempo determinado (la duración inicialmente prevista y pactada) y se le añadirá el tiempo transcurrido desde que se produjo el contrato de duración indefinida, esto es, desde que se transformó el contrato.

Con esta simple solución legislativa, propia para los contratos sin plazo de vencimiento, podría darse la circunstancia de que la denuncia por una de las partes, que en principio podría realizar al cabo de un año de vigencia del contrato, trajese graves consecuencias a la otra, que realizó un gasto, que no ve amortizado pues lo llevó a cabo en la confianza y previsión de que el contrato tendría una duración mayor. Por ello se impide que estos contratos sean denunciados por una parte antes de que haya transcurrido un “plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato”, considerándose como tales aquellas que no puedan ser aprovechadas de un modo real para usos alternativos o que sólo puedan serlo con una grave pérdida para el inversor. Sin poder descender al contenido de cada contrato en concreto, la inversión que haya realizado el franquiciador (en el franquiciado) para el que realizó una determinada publicidad, con un gasto inicial efectivo que se esperaba recuperar en un plazo, que luego no ha llegado a cumplirse porque el franquiciado denuncia el contrato; o la que el franquiciado debió hacer adaptando su local, separando espacios en el mismo o arrendando locales contiguos por un número de años (por exigencias de integración en la red comercial), a modo de ejemplos, que han supuesto un importante gasto del que se verá compensado con el paso de algunos años lo que, sin embargo, no llegará a producirse por el hecho de

interrumpirse la relación contractual de una forma, prematura para él, por denuncia del franquiciador, es evidente que debe existir un plazo mínimo, durante el cual el contrato debe de vincular a las partes, sin posibilidad de denuncia. Ese plazo mínimo será el “razonable”, según cada caso concreto, de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato. No obstante ello, si quien denuncia el contrato ofrece el pago de la amortización pendiente de realizarse, que correrá a su cargo, sí cabrá esa denuncia unilateral en cualquier momento y operará como causa de disolución del contrato. Pero si se concluye o termina el contrato sin respetar ese plazo (ese plazo razonable que será diferente según el caso y la amortización pendiente) la parte denunciante deberá indemnizar a la otra el valor de las inversiones específicas, a modo de compensación<sup>21</sup>.

Siendo el transcurso del plazo pactado la principal causa de extinción de este contrato, con la previsión legal establecida para los contratos sin ese plazo, pueden existir otras causas de extinción como la imposibilidad de cumplimiento, muerte o incapacidad de uno de los contratantes, salvo que se haya pactado continuarlo con su causahabiente si le sucede en la explotación de la empresa, etc. También el incumplimiento de las obligaciones contraídas, supondrá la resolución del contrato, por ejemplo, como hemos señalado, aplicar precios o realizar actuaciones que supongan un menoscabo para la imagen de la marca o del prestigio comercial del franquiciador (proveedor) o, aunque no se señale expresamente como causa de extinción, aunque es un incumplimiento del contrato, la cesión del contrato de franquicia. La parte que quiera dar por extinguido el contrato debe notificar por escrito a la otra su voluntad de rescindir el contrato, señalando la causa de la extinción. El incumplimiento, ni siquiera el incumplimiento reiterado de las obligaciones pactadas, no se ha contemplado expresamente como causa de resolución, ni se ha aclarado si, en ese caso, será necesario el preaviso<sup>22</sup>. Será cuando se reciba tal notificación cuando se considere extinguido el contrato. Un supuesto excepcional y especial de extinción, que deberá haberse pactado como tal en el contrato, es que cualquiera de las partes haya sido declarada en concurso de acreedores<sup>23</sup>. Tanto si es el franquiciador como el franquiciado quienes, en situación de insolvencia, han sido declarados en situación de concurso, el contrato podrá declararse extinguido, con las consecuencias legales de tal situación al tener que separarse los bienes, en su caso, de las correspondientes masas. También podrá

---

<sup>21</sup> “Se exceptúan los casos en que el contrato se haya extinguido por incumplimiento esencial, o por cualquier otra causa justa para la terminación”, señala el último inciso del artículo 543.22.3.

<sup>22</sup> Al contrario de lo que sucede en el *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*, en el que el artículo 24 se señala que en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o de incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones contractuales podrá darse por finalizado el contrato sin preaviso.

<sup>23</sup> Esa es la expresión que recoge la *Propuesta* (artículo 543.21.1), aunque insistamos, como ya se ha hecho en muchas ocasiones, en que el término legal correcto es el de “concurso” y no el de “concurso de acreedores”, como señala la Ley Concursal. Véase su Exposición de Motivos: “El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII.... No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones”.

continuar la relación contractual, sometido ya el contrato al procedimiento concursal, si no se hubiese pactado el concurso como causa de extinción. El carácter *intuitu personae* del contrato permite el pacto señalado que se entiende perfectamente.

Una vez terminado el contrato, por cualquier causa que traiga consigo esta extinción, se abre un período de liquidación del mismo. La regla general es que se adopten, por las partes, las previsiones (las decisiones, creemos que sería más adecuado o, aún mejor, que se lleven a cabo las gestiones y operaciones) que sean conformes a la buena fe, de acuerdo con las características y la naturaleza del contrato. La que puede denominarse fase de liquidación servirá para dar fin a la relación contractual y se extenderá por un plazo que se ha limitado con un máximo, debiendo considerarse qué debe hacerse con las mercancías en poder de una de las partes y con el material publicitario, que el franquiciador entregó al franquiciado al inicio del contrato. Señala la *Propuesta* que (artículo 543-23.2) que las mercancías “en poder del proveedor o del distribuidor cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente”, deben ser adquiridas, por el contratante a quien corresponda hacerlo, al precio de venta o de compra establecido en el contrato. Ciñéndonos a nuestro caso, si hay un stock de mercancías en poder del franquiciado, porque tuvo que adquirirlas necesariamente porque así se había previsto en el contrato que se va a extinguir, corresponderá a la otra parte su adquisición, con el precio que se pactó, lo que impedirá lógicamente que el franquiciado pueda seguir contratando y lucrándose con tales productos. Más difícil de comprender es el supuesto inverso: si el franquiciador ha tenido que fabricar, por acuerdo contractual, un determinado número de unidades que no podrá entregar al franquiciado por la extinción del contrato, deberá ser éste el que las adquiera. Pero entendemos que no podrá comercializarlas o no podrá hacerlo en régimen de franquicia, por lo que mejor hubiese sido fijar una indemnización en la que se tuviera en cuenta el valor de las mercancías fabricadas y el perjuicio que realmente se produjera al fabricante (o franquiciador). En lo que afecta al material publicitario que facilitó el franquiciador de modo gratuito, podrá ser retirado, a su costa, por el franquiciador en un plazo máximo de tres meses (que, a falta de otra indicación, también consideramos aplicable al de liquidación del contrato por adquisición de mercancías, al que antes nos hemos referido). De cualquier modo, extinguido el contrato el franquiciado no podrá utilizar material publicitario alguno, aunque no se haya retirado por el franquiciador, aunque no se le entregara gratuitamente y hubiera de pagar un precio por el mismo, que pueda inducir a error sobre la posible pertenencia a la franquicia o a la red, con la cual ya se carece de vínculo contractual. Se aclara en la norma proyectada que deberá retirarse de la denominación social, del rótulo del establecimiento (como signos distintivos) y de cualquier material publicitario, cualquier indicación que sea relativa al contrato extinguido, lo cual supondría, al menos, un acto de competencia desleal y no respetaría el principio de la buena fe.

## 2.4. La indemnización por clientela

Si bien es posible que durante la duración del contrato el franquiciado haya podido generar una clientela o aumentar la que pudiese existir con anterioridad, no existe de modo general y establecido por la ley la indemnización por clientela, en el supuesto de extinción. Sí procederá ésta en el caso de que se hubiese pactado o bien en el caso de que se den alguno de los tres supuestos siguientes: “que la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes”, supuesto en exceso abierto pues no se concreta en qué casos se puede entender que el aumento de operaciones o el número de clientes es, efectivamente, sustancial, ni tampoco cuál podría ser esa indemnización; en el caso de que el franquiciado facilite al franquiciador un listado de los clientes, pues hay que entender en este supuesto que le está transmitiendo la clientela, que se valora económicamente, lo que constituirá el monto de la compensación y, a nuestro juicio, deberá pactarse por las partes el precio de la cesión y el modo mismo de transmisión de la clientela, mediante el listado del que habla la norma e incluso mediante cartas de recomendación que el franquiciado enviará a quienes han sido sus clientes. En este supuesto, el franquiciado renuncia tácitamente a hacer competencia una vez concluido el contrato. El último supuesto que supone una excepción al principio de no indemnización o compensación por clientela, es precisamente que exista un pacto por el que el franquiciado se ha comprometido o se le ha prohibido hacer competencia tanto a su franquiciador, como al posible nuevo franquiciado. La compensación será el precio que habrá de abonar el franquiciador por el hecho de que el franquiciado del contrato extinguido se abstenga (durante un plazo máximo de un año) de dedicarse a la misma actividad y a la venta de productos o servicios similares (es evidente que no podrá hacerlo con los propios de la marca de la franquicia) en la misma zona. Habrá que estar, sin embargo, a cada caso concreto y al contenido contractual sobre esta cuestión, operando como límite siempre la buena fe.

Con todo acierto se consagra legalmente la independencia entre el proveedor y el distribuidor en este tipo de contratos<sup>24</sup>. Franquiciador y franquiciado son empresarios diferentes, independientes y autónomos, sin perjuicio de la existencia de una red comercial (creada por uno de ellos) y de la integración del otro en la misma. Franquiciador y franquiciado son empresarios (personas físicas o jurídicas o sociedades mercantiles), en la noción de “operador económico” que recoge la *Propuesta*. Al ser independientes, responden según las reglas generales del Ordenamiento jurídico, tanto de sus deudas como de los daños que puedan causar, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del régimen de responsabilidad del fabricante. De igual modo serán, según cada caso, titulares exclusivos frente a terceros de los derechos y de las obligaciones que se deriven de las relaciones contractuales que existan. El hecho de estar integrado en una red comercial no supone ningún tipo de comunicación de responsabilidad ni la asunción por parte de ningún otro miembro de la red ni del creador

---

<sup>24</sup>Artículo 543-14.



o titular de la misma de obligación alguna atribuida por convenio o por ley al franquiciado que soporta, lógicamente también, las obligaciones legales propiamente mercantiles como registro, publicidad tanto legal como privada (con los límites y en las condiciones comentadas), llevanza de contabilidad, etc. Quizás por ello la norma ha descendido a precisar que en toda la documentación mercantil que expida el franquiciado y en la publicidad que lleve a cabo, advierta de su condición de empresario independiente, aunque también tendrá que hacer mención de la red en la que está integrado.

### 3. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Como hemos señalado, la *Propuesta* de Código mercantil ha tenido como precedente el *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*, Proyecto que publicó el BOCG en 29 de junio de 2011<sup>25</sup>. Tal *Proyecto* no ha sido aprobado<sup>26</sup> pero los redactores de la *Propuesta* de Código de comercio sí consideraron conveniente incluir la regulación de estos contratos en el nuevo texto general. No podemos entrar, por no considerarlo de excesivo interés y por una cuestión de simple economía y practicidad, en el análisis detenido del *Proyecto*<sup>27</sup>, aunque sí parece necesario hacer algún comentario sobre el mismo, principalmente destacando las diferencias de su contenido sobre el de la *Propuesta* y, de modo singular, en la consideración que se hace en él de la franquicia.

Señalemos, de un lado, que la Exposición de Motivos del *Proyecto* reconocía expresamente: “En apenas un decenio (desde la incorporación a la Unión Europea) el

---

<sup>25</sup> Que encomendó su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Industria, Turismo y Comercio. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 15 de junio de 2011, elaboró y aprobó un informe, relativo al *Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución*. Previa y posteriormente también ha habido algunos intentos de regulación del sector. En la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *Ley de modificación de la Ley 41/1999 sobre sistemas de pago y de liquidación de valores y del Real Decreto-ley 5/2005 de reformas para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*, se instaba al Gobierno a aprobar y remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial.

<sup>26</sup> En marzo de 2012, el Ministro de Industria, Energía y Turismo anunció la voluntad del Gobierno de no dar prioridad ni “luz verde” al proyecto de Ley de Contratos de Distribución, señalando que era preferible “dejar que las partes lleguen a acuerdos en lugar de imponer normas”. El Proyecto había sido presentado por el Gobierno en 2011, en la IX Legislatura y la nueva mayoría no continuaría su tramitación.

<sup>27</sup> Puede consultarse, por ser de sumo interés, el Informe que la Comisión Nacional de la Competencia (IPN 58/11) emitió sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, en el que opina sobre su contenido y realiza observaciones generales en relación con el Derecho de la Competencia y las posibles limitaciones a la libertad de empresa) junto a otras observaciones más concretas, en relación con el articulado: inclusión de un precepto relativo al cumplimiento de la normativa de competencia, principales modalidades de los contratos de distribución (proponiéndose la supresión del precepto y, en concreto, refiriéndose a la franquicia cuando dice: “En este sentido, tampoco se entiende el interés de definir el contrato de franquicia en el apartado 2.f), una vez que las redes de distribución integradas han sido definidas...), principios rectores, establecimiento de Códigos de Conducta y Sistemas de resolución de conflictos, deberes precontractuales de información (precontractuales y durante el contrato), obligación de compra mínima, ventas directas y Políticas de marca y actividad publicitaria conjunta) fundamentalmente.

tejido empresarial español se adaptó a las nuevas circunstancias. Se dio el salto del comercio tradicional a la instalación de cadenas de franquicia y distribución selectiva, grandes superficies y multicentros. Se renovaron y especializaron los mercados tradicionales... Por eso se necesita un instrumento normativo de alcance general actualizado al nuevo contexto económico y a los modelos de negocio utilizados en el mercado”<sup>28</sup>. Destaquemos, por otro, que la regulación prevista en el Proyecto era más amplia que la contenida en la *Propuesta*, independientemente del número de preceptos que se dedican a la materia. El Título I, con epígrafe “Disposiciones Generales” define los contratos de distribución con un concepto más amplio<sup>29</sup> bajo el cual se comprenden varios tipos de contratos: los contratos de distribución celebrados entre proveedores con mayoristas y proveedores o mayoristas con minoristas; contratos de distribución bilaterales simples, bilaterales con repetición sistemática y acuerdos multilaterales; contratos marco para el desarrollo de actividades de comercialización por los distribuidores; y las redes de distribución<sup>30</sup>, tras lo que se incluyen las principales modalidades de los contratos de distribución (y las exclusiones), una de las cuales será la actividad comercial en régimen de franquicia (llamado, más propiamente, contrato de franquicia en la *Propuesta*) que es la que se lleva a cabo, “en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de

---

<sup>28</sup> Este Proyecto de Ley de Contratos de Distribución tiene sus precedentes: en 2006, la Sección de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (Sección de Derecho mercantil) elaboró una Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Contratos de Distribución que no llegó a tramitarse; el Congreso de los Diputados, en sesión de 20 de marzo de 2007, aprobó una proposición no de ley con el siguiente tenor: “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a analizar, con audiencia de los sectores interesados, la problemática de los contratos de distribución comercial y a proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en el mercado de distribución de bienes y servicios, con especial atención a la naturaleza de las pequeñas y medianas empresas que intervienen en el mismo” fruto de la cual fue un Informe realizado por la Dirección General de Comercio Interior, remitido al Congreso en febrero de 2009; en 2008 la Federación de Empresarios de Automoción (FACONAUTO) promovió una iniciativa legislativa popular para presentar una Proposición de Ley de Contratos de Distribución que no alcanzó el número de firmas de electores requerido; la Ley 1/2010 de 1 de marzo (de Reforma de la Ley del Comercio Minorista) impone un mandato al Gobierno en su Disposición Adicional Undécima para establecer la regulación del sector (“procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial”. Finalmente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible modificó la Ley del Contrato de Agencia (Ley 12/1992 de 27 de mayo y establecía en su Disposición Adicional Decimosexta: “Hasta la aprobación de una Ley reguladora de los Contratos de Distribución, el régimen jurídico del contrato de agencia previsto en la presente Ley se aplicará a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales”. La Ley 7/2011, sin embargo, deroga esta Disposición.

<sup>29</sup> Artículo 1 del Proyecto: “Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales obligaciones”.

<sup>30</sup> “En las que un organizador dirige o coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente. En particular las redes de distribución integradas, en las que un proveedor ejerce un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores, caracterizada por una marca o un método operativo propio”, Artículo 1.2.d) del proyecto.

productos o servicios”<sup>31</sup>. Concluye el Título con la elaboración de unos Principios rectores entre los que destacan: libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los acuerdos, así como independencia económica y autonomía jurídica de los contratantes. Como complemento de ello se insta a las Administraciones Públicas a que promuevan la elaboración de Códigos de conducta sectoriales relativos a las normas de lealtad en la interpretación y ejecución de los contratos (lo que no ha merecido consideración en la *Propuesta*). De modo relativamente similar a la *Propuesta*, se refiere el Proyecto a la formación del contrato y a su contenido, aunque en éste se distinguen los deberes de información durante el contrato y, de manera más detallada que en la *Propuesta*, a la determinación de objetivos comerciales, obligación de compra mínima, pactos de exclusiva territorial, modificación del contrato, entre otras. Muy pormenorizadamente y creemos que de forma adecuada se regula la duración y extinción del contrato, llamando la atención el hecho de que se exija que los contratos prevean un período de duración mínimo que sea suficiente para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, limitándose en cierto modo pero de manera justificada el principio general de libertad de pactos y la consideración que se hace de la posible indemnización por clientela, más y mejor regulada.

### 3.1. Artículo 30: “Regulación de la franquicia”

Particularmente nos interesa el artículo 30 del Proyecto: “Regulación de franquicia”. Se compone de dos números que tratan de dos cuestiones bien diferenciadas: el Registro de Franquiciadores y la información que, con carácter específico y complementario a la exigida con carácter general para todos los contratos de distribución, se requiere para la franquicia. La primera cuestión debe considerarse en la necesaria creación y exigencia de un Registro especial, el llamado registro de Franquiciadores, en el que se recogerán los datos que se fijen reglamentariamente. Cualquier empresario, cualquier persona física o jurídica en la expresión original, que quiera desarrollar en territorio español una actividad de franquicia en España, deberá comunicar su intención, con una antelación de tres meses, al Registro. También las empresas extranjeras no establecidas en España, que pretendan desarrollar su actividad de franquicia en nuestro país, deberán comunicarlo directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. No será el único Registro existente en este sector porque se establece en la norma la necesaria comunicación, mediante informaciones cruzadas entre el registro del Ministerio, citado, y el “autonómico correspondiente”. Se señala en el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores que este Registro de franquiciadores, previsto ya en el artículo 62.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (y creado en 1998), se configura como un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos

---

<sup>31</sup> Definición similar a la contenida en la *Propuesta*, que preferimos a ésta por más completa y técnica.

efectos de información y publicidad. En dicha norma se justifica la existencia y exigencia del Registro por la conveniencia de disponer de un censo de las empresas de franquicia que actúan en España. La Disposición Derogatoria única del Proyecto de Ley no incluye entre las normas que vendría a derogar, el Real Decreto 201/2010, por lo que seguiría éste vigente, sirviendo las normas relativas al Registro de Franquiciadores del Proyecto de Ley como complemento (en su caso modificación al tratarse de una norma posterior) del contenido del mismo.

De otra parte, se fija un plazo de veinte días anteriores a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte de quien va a ser franquiciado al franquiciador de cualquier pago, para que el franquiciador, por escrito, ofrezca toda la información necesaria sobre el futuro acuerdo, las características, estructura y extensión de la red, elementos esenciales del acuerdo, identificación del franquiciador y descripción de la actividad del negocio objeto de la franquicia. Así se protege al eventual franquiciado, que dispondrá de todos los elementos necesarios para decidir libremente y “con conocimiento de causa” se señala textualmente, su incorporación a la red de franquicia. Se trata de una información reforzada que estimamos muy conveniente. Pero ello vuelve a llamarnos la atención, pues en el mismo Real Decreto ya mencionado de 2010, se reserva el artículo 3 a la información precontractual al franquiciado (y el 4 a la confidencialidad), lo que nos lleva a pensar que lo que pretendería el Proyecto de Ley, es dejar sin efecto el contenido del Real Decreto, pues trata de las mismas cuestiones, mucho mejor resueltas en el texto vigente que en el proyectado. Pero esta posible interpretación, que de mantenerse supondría una crítica a la solución adoptada, no merece mayor justificación ni análisis, dado que, resueltamente, se trata de un texto que no va a convertirse en norma y que ya ni siquiera es, realmente, un Derecho proyectado, por lo que nuestra consideración es simplemente académica.

Dos últimas reflexiones haremos sobre el *Proyecto*. Se destaca, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 4.1, como se ha señalado de modo incidental, la autonomía de la voluntad de las partes, de tal modo que la Ley de Contratos de Distribución solo será aplicable en defecto o ausencia de pacto. Así, la “libertad de las partes para componer libremente su relación, solo se matiza respecto a aquellas cuestiones que la experiencia señala que terminan constituyéndose en fuente de conflictos”, se dice en el número II de la Exposición de Motivos, puntualizando el precepto concreto en este sentido que los “contratos de distribución se regirán por los principios de libertad de pactos”. De otra parte, el mismo artículo 4 en el apartado 5, advierte que los contratos de distribución quedan sometidos a la normativa del Derecho de la Competencia. Resulta razonable, quizás innecesaria también, esta aclaración pero plantea algunas cuestiones que han sido puestas de relieve pues el *Proyecto* prohíbe obligar a la “*compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor*” (artículo 12.1) salvo en el supuesto de la distribución selectiva en los que el proveedor establezca un sistema de comercialización completo con un método operativo propio caracterizado por su marca o imagen comercial, mientras que a normativa de competencia, por su parte, autoriza las ventas vinculadas o condicionadas en cualquier contrato, siempre y cuando ninguna de las partes implicadas tenga una

cuota elevada en ninguno de los mercados afectados. No nos detenemos en esta cuestión, de la que solo queremos dejar constancia, por ser ajena a nuestro interés en este momento<sup>32</sup>.

Aún habría un nuevo intento de regulación de los contratos de distribución, con base al Proyecto comentado. A ello responde una Proposición de Ley<sup>33</sup>, cuyos preceptos serían de carácter dispositivo, que vendría a regular los contratos de distribución concluidos tras su entrada en vigor y las renovaciones, prórrogas, novaciones y tácitas reconducciones producidas con posterioridad, excluyéndose de la aplicación de la norma en los supuestos de comercialización directa con consumidores y usuarios y los contratos con régimen propio (gas, agua, luz, servicios financieros y seguros, productos sanitarios y medicamentos). En esta iniciativa, que sigue en la medida de lo posible, el régimen aplicable del contrato de agencia (duración y extinción del contrato e indemnización por clientela) no prosperó. Fue presentada por el Grupo Socialista, cuando el Grupo Popular disponía ya de mayoría absoluta.

#### 4. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

La nueva mayoría parlamentaria no continuó con la tramitación del *Proyecto* al constituirse la X Legislatura a finales de 2011. Tampoco parece que tuviera demasiado sentido la presentación del *Proyecto* en un período en el que era fácil prever que no llegaría a ser realidad o norma ante el fin de la legislatura<sup>34</sup>. Una regulación jurídica efectiva de los contratos de distribución prevista y en *Proyecto de ley*, no llegó a concretarse. Más aún, la Disposición adicional decimosexta de la Ley de Economía Sostenible que introduce una Disposición adicional primera en la Ley del Contrato de Agencia, para los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, quedó sin efecto (*en suspenso*) a los pocos meses de su publicación, por la disposición final cuarta de la Ley 7/2011. Una regulación de los contratos de distribución, limitada y restringida a un sector concreto, ha estado vigente durante un mínimo período de tiempo, situación que sorprende extraordinariamente, si bien el carácter de la norma era meramente provisional pues regiría hasta que se aprobase la ley (ya general) para los contratos de distribución, que nunca llegó a aprobarse<sup>35</sup>. La norma provisional (y de tan escasa vigencia temporal) vino a ser una más de las que regulaban, desde algún sector o

---

<sup>32</sup>Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid, 2006.

<sup>33</sup>Vid. BOCG de 27 de diciembre de 2011.

<sup>34</sup>Si bien las Elecciones Generales se anticiparon no se disponía de demasiado tiempo para la discusión del Proyecto y su aprobación, lo que podría haberse hecho, de cualquier modo, durante las dos legislaturas en las que el Partido Socialista dispuso de la mayoría.

<sup>35</sup>Vid. FAISÁN RUIZ, P., “La nueva regulación de los contratos de distribución de vehículos”, <http://www.cuatrecasas.com>, *Derecho mercantil*, pp. 72 y ss.



aspecto parcial, los contratos de distribución<sup>36</sup> cuya regulación se esperaba como próxima, incluido como hemos visto, desde la propia norma positiva. .

Pero ha tenido lugar un nuevo impulso legislativo, que constituye una novedad, en principio con gran importancia y que ha provocado grandes expectativas, junto a nuevas críticas, esperanzas e incluso desilusiones, según los casos. Con fecha 30 de mayo de 2014 el Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, según la *Propuesta* elaborada y presentada al Ministro por la Comisión General de Codificación, a la que nos hemos referido<sup>37</sup>. En lo que se refiere a los contratos que regula este texto, puede indicarse que “incluye un amplio número de contratos mercantiles que se celebran habitualmente en el tráfico económico para impulsar la seguridad jurídica a través del establecimiento de un régimen jurídico previamente conocido. No obstante, algunos se regulan por primera vez a nivel legislativo, como los financieros o los de prestación de servicios informáticos”<sup>38</sup>. Nada se dice sobre los contratos de distribución, que en la *Propuesta* sí fueron una importante novedad, porque sencillamente no se han incluido en el nuevo texto. Quizás haya que considerar que debieran incluirse en la referencia que se hace<sup>39</sup> por parte de los Ministerios que presentan el texto del Anteproyecto: “Además, se mantiene la posibilidad de considerar como mercantiles, en virtud del principio de libertad de pactos, otros tipos contractuales que se producen en el mercado. A esos contratos atípicos se les aplicarán las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general previstos en el Libro cuarto del Anteproyecto”. La presión del sector puede haber sido una de las causas de supresión de la regulación que se hacía en la *Propuesta* y que motivó que, desde diversos sectores, se advirtiera que el nuevo Código mercantil ponía en peligro el sector de la distribución en España<sup>40</sup>; quizás también deba indicarse la opinión contraria al texto, en la cuestión que comentamos por parte del propio Ministerio de Economía y Competitividad, que lo considera una “mera propuesta académica”. Una vez remitido al Congreso el texto será *Proyecto de ley* y se iniciará la tramitación parlamentaria para que (en opinión y deseo

---

<sup>36</sup>Junto a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de noviembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; el Reglamento (CE) 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor; el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, sobre la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y el Reglamento (UE) 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, sobre la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor), entre otras.

<sup>37</sup>De 1726 artículos, un Título Preliminar y siete Libros, que recoge una legislación común para todo el territorio nacional, en sintonía con la de otros países, que recupera la igualdad de todos los operadores del mercado. El Libro Quinto se dedica a los contratos mercantiles en particular.

<sup>38</sup>Como se advierte en la *Nota de Prensa* del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014, p.7.

<sup>39</sup>*Ibidem*.

<sup>40</sup>Cfr. *Noticias de Economía*, <http://bit.ly/IGbahyp>

del Ministro de Justicia –ya ex ministro–), sea ley vigente en 2016, posibilidad que dadas las actuales circunstancias político-legislativas se nos antoja difícil. La oportunidad de regular unos contratos atípicos de tan capital importancia en la economía, los de distribución, piezas clave, en efecto, del comercio y del mercado actual (tanto nacional como internacional) se ha desaprovechado o, deliberadamente, se ha dejado pasar por la razón que sea. Es cierto que la Unión Europea no ha exigido una norma sobre estos contratos –y esa pueda ser la razón que se aduzca para justificar la desaparición de los preceptos que dedicaba la *Propuesta* de Código, elaborada por técnicos juristas– pero no sería suficiente justificación pues no sólo hay ordenamientos que sí disponen de ella, sino que la necesidad de disponer de un texto legal es evidente en todos los ordenamientos y mercados y, desde luego y por supuesto, en el español. La importancia de la Jurisprudencia y de sus decisiones aumentará, por tanto, al ser necesaria su intervención en los conflictos que surjan entre los intervinientes en estos contratos y de nuevo será la creadora de conceptos, delimitación de contenido obligacional y límites a la libertad de pactos. Con cierto pesimismo en nuestra reflexión pues, a nuestro juicio, la regulación jurídica de los contratos de distribución era y es necesaria, urgente e inaplazable, advertimos sobre la ausencia de referencia alguna en el nuevo texto proyectado. No creemos que en una discusión y trámite parlamentario, aún por venir y con una perspectiva que difícilmente puede aventurarse, vaya a incluirse lo que se ha suprimido sin mayor explicación. Tampoco que el *Proyecto* de ley específico abandonado, de modo especial cuando se presenta la *Propuesta* que es recibida con tanto júbilo, al menos por un sector de la doctrina, vaya a ser recuperado o que se vaya a elaborar uno nuevo. A pesar de que se haya pensado lo contrario hasta fechas bien recientes<sup>41</sup>, los contratos de distribución y, refirámonos al que es objeto específico de nuestra investigación, el contrato de franquicia, no va a dejar de ser un contrato atípico, para el que se solicita una regulación específica vista esta omisión injustificada<sup>42</sup>. Si la redacción prevista en la *Propuesta* suponía un avance en el tratamiento de los problemas del sector de la distribución, como acertadamente señala EMPARANZA<sup>43</sup>, con normas para protección del contratante más débil, protección que se hacía necesaria, la supresión de estos 24 artículos en el texto actual, nos parece un retroceso y hasta un

---

<sup>41</sup> El profesor BERCOVITZ señalaba, como novedades más significativas que, “entre los más de 1.900 artículos que integran este nuevo Código, dividido en siete libros y un título preliminar, se han introducido materias que hasta ahora quedaban fuera de la regulación legal. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los contratos electrónicos, turísticos, de distribución o financieros mercantiles que no estaban respaldados por una ley”. Las palabras del Ministro de Justicia: “La aparición de nuevas figuras jurídicas y nuevas fórmulas mercantiles que necesitaban también una regulación legal es otra de las razones para crear un nuevo Código”, también animaban a considerar que la regulación de estos contratos iba a ser una realidad. Pero ya advertía que “esta *Propuesta* y las valoraciones que lleguen al Ministerio desde diversos ámbitos de la sociedad servirán al Gobierno para presentar su proyecto”. Y han debido ser muchas las valoraciones negativas que hayan llegado sobre la regulación –no sobre una concreta regulación– sino sobre la regulación en sí misma sobre estos contratos, para que se haya hecho desaparecer la existente. *Cfr. Nota de Prensa del Ministerio de Justicia* de 20 de junio de 2013, pág.3.

<sup>42</sup> En opinión de EMPARANZA, A., “Los contratos de distribución: ¿una laguna en el anteproyecto de código mercantil?”, [Legaltoday.com](http://Legaltoday.com). (consultada por última vez el 13 de junio de 2014); opinión que compartimos.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

error. El hecho concreto es que los contratos de distribución y, en ellos, el de franquicia han desaparecido del texto del Anteproyecto y “esta amputación tiene una enorme gravedad y trascendencia. Se confirma así la orfandad de los contratos de distribución y naufraga una vez más el intento de dotarlos de un mínimo andamiaje jurídico”, como ha señalado con total claridad y a modo de queja, que compartimos, GÓMEZ SEGADE<sup>44</sup>.

El Derecho vigente en la materia, aunque fragmentario e incompleto, lo conconmemos y a él nos hemos referido y remitido en esta reflexión sobre el Derecho proyectado, habiendo preferido que la consideración que se hacía en la Propuesta sobre el contrato de franquicia en particular y sobre los contratos de distribución en general, se hubiese respetado y conservado en el texto proyectado, del Anteproyecto de Código mercantil. Quizás, ante esta situación, pudiera hasta carecer de sentido esta reflexión, que creemos lo conserva, sin embargo, no sólo por cuanto nos hemos referido con detalle a un texto que merece nuestro reconocimiento y nuestra adhesión (de modo especial en esta materia), la *Propuesta* que, sin duda, conserva su valor a pesar de la supresión injustificada de parte de su texto<sup>45</sup>, sino también como reconocimiento a sus autores<sup>46</sup>. Sin embargo y a pesar de todo lo dicho, no podemos establecer ni un simple diseño sobre cuál será la futura consideración legal de estos contratos y de la franquicia, en concreto, pero sí puede mantenerse que la regulación del contrato de franquicia – necesaria, insistimos, inaplazable desde hace tiempo y más aún en este tiempo en el que este contrato es una respuesta a las nuevas tendencias y necesidades del mercado,- no parece que esté próxima o que esté concebida, -más bien al contrario-, por parte del *legislador* español que desaprovecha, al no incorporar al *Anteproyecto*, la disciplina que se llevó a la *Propuesta*.

---

<sup>44</sup> GÓMEZ SEGADE, J.M., “Los contratos de colaboración”, en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, (A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coordinador), Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor, 2014, p.484.

<sup>45</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, en *Hacia un nuevo Código mercantil*, *cit.*, p.52 señala: “El hecho de que la regulación de una serie de instituciones no aparezcan incluidas en el Anteproyecto no significa que la regulación de esas materias en la Propuesta de Código tenga ningún valor. Se suscita así un tema de gran interés que consiste en determinar qué valor hay que atribuir al borrador y al Anteproyecto respectivamente”. “La Propuesta de Código, precisa, tiene valor en sí misma, incluso en las partes que no han sido recogidas en el Anteproyecto de ley”.

<sup>46</sup> En especial al Dr. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, en cuyo homenaje se presenta esta contribución, con admiración y afecto.